

El canto del cisne. Jorge Rodríguez y la tradición analítica**

Mauro Barberis*

Resumen

El objeto de esta intervención es el enfoque analítico adoptado por Jorge Rodríguez desde el título de su *Teoría analítica del derecho* (2021): enfoque típico de la Escuela de Buenos Aires y también de la Escuela de Génova, al menos desde el encuentro de la una con la otra. En esta sede, esta auténtica tradición de investigación será objeto de críticas externas, pero no ajenas, realizadas a partir de otra tradición teórica que se podría calificar como post-analítica, y que por simplicidad llamaré evolucionismo jurídico. En particular, primero se explicitarán cuatro tesis representativas de la tradición argentino-genovesa: el normativismo, el no cognitivismo ético, las teorías del sistema jurídico y de la interpretación. Luego, para cada una de estas tesis se imaginarán las alternativas que el evolucionismo jurídico podría proponer y, más en general, se imaginará una mayor apertura de la tradición argentino-genovesa y otras tradiciones analíticas a las ciencias empíricas y las doctrinas normativas.

Palabras clave: Teoría analítica. Norma. No cognitivismo. Sistema jurídico. Interpretación.

Abstract

The subject of this intervention is the analytical approach adopted by Jorge Rodríguez from the title of his *Teoría analítica del derecho* (2021): an approach typical of the Buenos Aires School and the Genoa School too, at least since the meeting of the one with the other. This authentic tradition of investigation is here object of ex-

* Traducción al español de Julieta A. Rabanos.

** Università di Trieste, Dipartimento IUSLIT, Piazzale Europa 1, 34127 Trieste (Italia), barberis@units.it.

Agradezco a la traductora, Julieta A. Rabanos, las sugerencias dadas también para “civilizar” un texto originalmente controvertido. Sin embargo, la responsabilidad del resultado sigue siendo del autor.

ternal but not alien criticism, brought by another tradition that could be termed as post-analytic, and that for simplicity I will call legal evolutionism. In particular, four representative theses of the Argentine-Genoese tradition are made explicit: normativism, ethical non-cognitivism, theories of the legal system and of interpretation. For each of such theses the alternatives that legal evolutionism could propose are imagined, and with them a greater openness of the Argentine-Genoese and other analytic traditions to empirical sciences and normative doctrines.

Keywords: Analytical Theory. Norm. Non-cognitivism. Legal System. Interpretation

Il prode cavalier non s'era accorto
che andava combattendo ed era morto.
(J.L. Borges - F. Berni, 1984)

Premisa

Sucede, en ocasiones, que una tradición de investigación produzca sus mejores frutos cuando parece irse agotando. El fenómeno, que llamaré *Canto del Cisne*, o *Fruto Tardío*, se repite con la tradición analítica argentino-genovesa y con el último libro de Jorge Rodríguez, titulado *Teoría analítica del derecho* (2021; de ahora en adelante, citado aquí como TAD)¹. En las próximas tres secciones, justificaré esta afirmación con: 1) un estado de la cuestión de tal tradición analítica; 2) una síntesis de las tesis del libro más representativas de la misma tradición; y 3) una síntesis de las objeciones a cada una de esas tesis formulables desde un punto de vista post-analítico, que llamaré evolucionismo jurídico.

El presente trabajo es la segunda versión de un comentario hecho en el marco del debate sobre el libro de Rodríguez, celebrado en Génova en enero de 2022, y no consigue subsanar todos los defectos que presentaba la primera versión. Eliminadas las expresiones innecesariamente polémicas, el texto de esta segunda versión no señala suficientemente todos los méritos de la obra de Rodríguez, que el propio autor – con demasiada modestia – presenta como una sistematización de sus ideas. En este sentido, pido de antemano disculpas por la vaguedad de mis críticas, casi todas metodológicas, que habrían merecido más ejemplos, mucha más profundización y un aparato de notas infinitamente mayor.

¹ Rodríguez 2021.

1. *Érase una vez la teoría analítica del derecho*

Siguiendo un lugar común que después criticaré, por “filosofía/teoría analítica” entiendo provisionalmente el análisis del lenguaje relativo al derecho o a cualquier otro tema. Práctica ciertamente indispensable, pues sirve para aclarar de qué se está ocupando uno; en este sentido, de hecho, cualquier estudioso serio es un analista, lo sepa o no. Sin embargo, como decía John L. Austin, el análisis del lenguaje (ordinario) es la primera palabra pero no la última, y de hecho puede incluso convertirse en un obstáculo para la investigación: especialmente cuando se refiere a fenómenos, como el derecho, que se prestan a ser reducidos a lenguaje².

El pecado original de la teoría analítica del derecho es justamente éste: la reducción del derecho a lenguaje o, peor, a legislación. Este auténtico error categorial – la confusión del objeto con el método – es cometido sobre todo por la teoría analítica continental. De hecho, es sobre todo en el *civil law*, donde la ley es la fuente principal desde hace al menos dos siglos, que la reducción del derecho a lenguaje ha entrado en el sentido común. Al error categorial se le ha añadido luego la falacia del objetualismo: el positivismo jurídico ha buscado, en el mundo, un objeto que corresponda a la palabra “derecho”, y ha creído encontrarlo en la ley.

Tal reducción, propuesta por Norberto Bobbio desde el ensayo inaugural de la teoría analítica italiana³, resulta infundada por al menos dos razones. Si la reducción es fruto de una teoría de la dependencia lingüística *directa* – en virtud de la cual existirían sólo normas formuladas lingüísticamente –, la reducción pretende *demasiado* y es fácilmente confutada. El mismo Rodríguez aduce contraejemplos obvios de normas no formuladas, basándose en la *practice theory* de Herbert Hart y, todavía anterior, en el análisis del *rule-following* de Ludwig Wittgenstein.

En cambio, si la reducción es fruto de una teoría de la dependencia lingüística *indirecta* – en virtud de la cual sí existen normas no formuladas, pero siempre formulables lingüísticamente con base en el principio de expresibilidad (*effability principle*) de John Searle –, esta pretende *demasiado poco*. De cualquier objeto, relación o proceso, en efecto, se puede decir que existe bajo la condición necesaria – aunque no suficiente – de que se pueda nombrarlo, formular su sentido o concepto en palabras: lo inefable no existe, y no puede ser pensado⁴. Pero entonces no se entiende por qué el fenómeno jurídico debería tener una relación privilegiada con el lenguaje, o en cualquier caso una relación diferente de aquella que, con éste, tienen todos los otros fenómenos sociales e incluso naturales.

² Pino 2022: 103: «Può certamente essere controversa l’affermazione che il diritto sia un fenomeno *essenzialmente* linguistico, o *esclusivamente* linguistico», pero no que «il diritto – e specialmente il diritto contemporaneo – abbia una *dimensione* linguistica» (última cursiva modificada).

³ Bobbio 1950.

⁴ Cfr. Barberis 1990a y, más en general, Barberis 1990b.

¿Por qué, entonces, la creencia en esta relación privilegiada todavía echa raíces en la teoría analítica, al menos aquella continental? Por al menos cuatro motivos que, tomados en conjunto, explican su evidencia: una evidencia, en cambio, sólo aparente.

El *primer* motivo es aquel que los teóricos continentales llaman a veces *legicentrismo*: la convicción de que el único derecho “verdadero” es la legislación. Ésta se diferenciaría del “derecho mudo” consuetudinario⁵ tanto por su calidad de democrática, típica de la legislación parlamentaria (pero no de otras legislaciones), como por el hecho de estar canónicamente formulada. “Formulación canónica” quiere decir que la ley existe sólo en virtud de su propia formulación, promulgación y publicación en debida forma por parte de cualquier legislador competente.

El *segundo* motivo, consecuencia del anterior, es la falacia que los evolucionistas llaman *constructivismo*: la creencia de que las instituciones humanas nacen sólo a partir de proyectos, y no también como efectos no intencionales de los proyectos mismos⁶. Esta creencia, sin embargo, podría ser rebautizada como *creacionismo*, por analogía con el rechazo teísta del evolucionismo⁷. Los positivistas continentales, en efecto, tienden a concebir al derecho no solo como un mero producto humano, sino como creación *ex nihilo* por parte de un Legislador omnipotente y omnisciente. A los evolucionistas les parece obvio lo contrario: los seres humanos siempre hacen el derecho, pero no siempre saben el derecho que hacen.

El *tercer* motivo detrás del reduccionismo lingüístico es la viscosidad de las tradiciones disciplinarias: y no me refiero solo al positivismo jurídico, sino también a la propia tradición analítica. Para quien ha sido adiestrado en tal tradición, como quien suscribe estas páginas, el análisis lingüístico se vuelve un automatismo intelectual, una suerte de segunda naturaleza. Un ejemplo: cuando en aquel lejano 2001 osé criticar la teoría genovesa de la interpretación (con argumentos que hoy considero bastante ingenuos) alguien me confió que, para quienes interrogaban a los estudiantes con base en los manuales de la Escuela, mis objeciones de entonces no sonaban tanto equivocadas como casi inconcebibles.

El *cuarto* motivo para la reducción del derecho a lenguaje es que proporciona un pretexto óptimo para omitir o no tomar en consideración disciplinas, como las ciencias naturales o sociales, que son más complejas y agotadoras que el análisis del lenguaje. Sin embargo, no debe pensarse tanto en pereza intelectual como en las condiciones nacionales e internacionales de la división del trabajo de investigación teórica-jurídica. En regiones como América Latina o Europa del Este, por ejemplo, donde en otros tiempos cultivar estudios diferentes podía ser costoso o peligroso, fue más fácil dedicarse al análisis lingüístico o a la lógica. Por lo demás, yo mismo

⁵ Sacco 2015.

⁶ Así, Popper 1975: 68-69.

⁷ Barberis 2015.

admito que es preferible especializarse en el análisis del lenguaje en vez de hacerse pasar por todólogo.

Un ejemplo paradigmático de reduccionismo lingüístico es, a mi parecer, la parábola del realismo genovés. En sus orígenes, sus palabras claves eran las mismas que las de los realismos jurídicos escandinavo y norteamericano: hechos, no palabras; investigación empírica, no cuestiones conceptuales. Sin embargo, después de la muerte de Giovanni Tarello (el fundador de la Escuela), las investigaciones históricas, sociológicas y económicas fueron casi abandonadas, hasta que el encuentro con el neo-kelsenismo y el neo-formalismo puso una lápida sobre cualquier ambición extra-analítica. Como si anti-dogmatismo, interdisciplinariedad y curiosidad intelectual fuesen lujos, y no las condiciones mismas de la vitalidad de una tradición de investigación.

2. Jorge Rodríguez y la teoría analítica

El título *Teoría analítica del derecho* – y no “Una” teoría analítica del derecho – nos advierte que no lidiamos con la teoría del derecho de Rodríguez – a pesar del hecho que el autor habla de una «sistematización de mis ideas sobre diferentes tópicos de la teoría general del derecho»⁸ –, sino con una suerte de *suma* de la teoría jurídica analítica en general. El estilo cristalino del autor permite incluso al lector no especialista el consultar como un manual, sino todas las ochocientas páginas del libro, al menos la síntesis proporcionada por las tres primeras secciones de cada capítulo⁹. Otras veces, sin embargo, Rodríguez parece operar con contribuciones analíticas más recientes un poco como Triboniano con el derecho romano, con el objetivo de salvarlas del olvido.

Digo esto también para justificar mi comentario, que es parcial en los dos sentidos principales del adjetivo: no total, y no imparcial. El comentario es parcial en el sentido de no total pues, en vez de centrarse en temas substanciales (al igual que los otros contribuyentes a este debate), busca considerar casi solo cuestiones metodológicas. Además, el comentario no es imparcial pues, como analista decepcionado (que trabajó treinta años dentro de la tradición que ahora critico), el análisis del lenguaje me resulta hasta demasiado familiar: al punto tal de que podría realizar advertencias a los jóvenes para que no repitan mis mismos errores.

El libro se presenta como impersonal, olímpico, y universal. Impersonal: cualquier analista del lenguaje jurídico – por supuesto: que fuese bueno como Rodríguez, y que tenga la amplitud de sus intereses conceptuales – habría podido escribirlo. Olímpico: el libro mira a su objeto, el derecho, a través del velo del lenguaje y adoptando el principio de la *Wertfreiheit*. Sobre todo, universal: el autor no siempre

⁸ TAD: 18.

⁹ Véase aún TAD: 18.

parece leer las teorías, propias y ajenas, como condicionadas por el contexto de pertenencia – por ejemplo, de *civil law* o de *common law* –, y a veces incluso las discute como si fueran propuestas desde *Nowhere*, fuera de una época y de una cultura particular.

Yo haré justamente lo contrario: extraeré/abstraeré del libro cuatro tesis que, lejos de ser adscribibles a una Teoría Analítica del Derecho olímpica, son humanas y contextualizadas. En particular, las cuatro tesis me parecen representativas de una tradición analítica específicamente continental-y-latinoamericana y, aún más particularmente, de una suerte de sincretismo argentino-genovés. En todo caso, nada de realmente general, en el sentido de “universal” típico de expresiones como “teoría general del derecho” y “*general jurisprudence*”. Más bien, estamos tratando aquí con una teoría de *nuestro* derecho, manejado por nosotros los juristas de *civil law*.

La *primera* tesis de Rodríguez, que se pretende general pero que parece en realidad típica de la tradición continental y del sincretismo argentino-genovés, se refiere al concepto de *norma*. “Norma” es entendida, *à la génoise*, como significado de una disposición legislativa y no, *à la Hart*, como práctica social: ¿no ha quizás admitido el propio Hart, en el *Postscript* (1994), que su *practice theory* no vale para la legislación? A pesar de asumir que típicamente las normas son formuladas, Rodríguez admite que «no todas las normas deben su existencia a la formulación de ciertas expresiones en el lenguaje, rechazándose por igual tanto la reducción de las normas a *reglas*, entendidas como normas expresamente formuladas en el lenguaje, como a meras *regularidades* de conducta»¹⁰.

Supongo que todos los analistas continentales y argentino-genoveses se reconocerán en este análisis, al admitir la existencia – a título de excepción – de costumbres, precedentes y jurisprudencias, normas todas privas de una formulación canónica, constitutiva o creativa de la norma misma. Los precedentes, o mejor dicho la jurisprudencia, son tal vez considerados por ellos como una forma extraña de legislación, creada por aquel legislador aún más extraño que es el juez, quien normalmente no decide por iniciativa propia. Los precedentes parecen más bien costumbres judiciales donde – como en todas las costumbres – es la conducta misma (aquí, las decisiones de casos similares) la que actúa como norma¹¹. De hecho, Rodríguez no habla de los precedentes y, en cuanto a las costumbres, parece seguir sobre todo a Georg-Henrik von Wright, al asimilarlas por un lado a prescripciones implícitas y, por otro lado, a reglas determinativas¹².

La *segunda* tesis, que también se presenta como general, es el no cognitivismo (meta)ético. Rodríguez habla de esto en el segundo capítulo¹³ y luego en el sépti-

¹⁰ TAD: 18.

¹¹ Barberis 2016.

¹² TAD: 49-50.

¹³ TAD: 135 ss.

mo¹⁴, tomando a la posición opuesta, el cognitivismo (meta)ético, merecidamente más en serio que los analistas continentales. La metaética, por lo demás, se encuentra así tanto sobre- como infra-valorada. Está sobrevalorada cuando el autor la vuelve la cuestión principal en relación con la cual el positivismo jurídico se distinguiría del iusnaturalismo: cuando en cambio Jeremy Bentham, John Austin y todos los utilitaristas son sí positivistas, pero también cognitivistas.

La metaética es infravalorada, en cambio, cuando Rodríguez se limita a reformular con mayor claridad las distinciones ya petrificadas en el debate continental, cuidándose bien de volverlas a poner en discusión. En particular, él reconduce la propia distinción entre cognitivismo y no-cognitivismo a las respectivas concepciones de los desacuerdos éticos: meros desacuerdos de creencia para los cognitivistas, también de actitud para los no-cognitivistas. De esta manera, el tema de los valores sólo es rozado, mencionando en el último capítulo el confuso debate acerca de la normatividad del derecho (sobre el cual volveré en la próxima sección).

La *tercera* tesis, *soi-disant* general pero en realidad típica únicamente de los teóricos del *civil law*, se refiere al concepto de *sistema jurídico*. Aquí, Rodríguez retoma (los desarrollos de) la clásica teoría de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, luego transportada por Giovanni Battista Ratti a las costas genovesas¹⁵. Teoría con un gran mérito, entre otros: recordarnos que la idea misma de sistema es una proyección de la actividad de sistematización y de su producto, la sistemática, típicas de la doctrina continental. Teoría con un defecto doble, sin embargo: hablar no del derecho sino de su representación lingüística, y hablar sobre éste como si se tratara de un mero conjunto de normas.

Rodríguez, en efecto, retoma la última versión de la teoría de Alchourrón y Bulygin, que representa un sistema jurídico (por ejemplo, el argentino o el inglés) como un ordenamiento formado por un conjunto dinámico – o sucesión – de conjuntos estáticos – o momentáneos – de normas. Representación atomista: los conjuntos son identificados sólo a partir de las normas que los conforman. Representación extraña para los juristas positivos: estos no identifican en absoluto al derecho argentino o inglés de esta manera. Representación sustituible, como veremos, por una representación alternativa: no atomista, sino individualista-metodológica.

Una *cuarta* tesis, siempre con pretensiones de generalidad pero representativa sobre todo del sincretismo argentino-genovés, se refiere a la *interpretación*: tema originalmente extraño a *Normative Systems*, pero importado en gran medida de la teoría de la interpretación “genovesa”¹⁶. También aquí, se trata de un tema típico – aunque no exclusivo – de la teoría analítica continental: es en el derecho formulado lingüísticamente, la legislación, en donde se da interpretación como atribución

¹⁴ TAD: 671 ss.

¹⁵ Alchourrón & Bulygin 1976 y 2005, y Ratti 2008.

¹⁶ Ver TAD, sobre todo TAD: 553-597.

de significados a textos. En el *common law* en sentido estricto, derecho judicial no canónicamente formulado, al máximo se da *adjudication*, que es cosa diferente.

También Rodríguez, como todos los teóricos analíticos post-hartianos, adopta la tripartición de las teorías de la interpretación de Hart, y luego declara su adhesión al escepticismo moderado: oxímoron, éste, difundido por nosotros los “genoveses” con el objetivo de refinar la teoría de la interpretación de Tarello, rebautizada como escepticismo extremo. Sin embargo, en una inspección más cercana, al escepticismo moderado adherían el propio Hart (con su teoría mixta), Hans Kelsen (con su metáfora del marco de significado), e incluso Guastini (que critica la metáfora *core/penumbra* de Hart pero acepta la del marco de Kelsen, sin advertir las analogías entre las dos).

También en este resumen sumario, la teoría analítica del derecho de Rodríguez parece detenida en las posiciones de sus padres del siglo XX, siempre haciendo abstracción de su propia colocación espaciotemporal. Todas sus actualizaciones, tal vez realizadas con el objetivo de salvar del olvido muchas discusiones más recientes, no escapan a esta impresión de *déjà-vu*. ¿Existen alternativas? A mi parecer, sí, cómo veremos en la próxima sección. Para buscarlas, sin embargo, uno necesita ser siempre consciente de hablar desde adentro de una tradición de investigación, por definición no universal-y-eterna, sino cultural-e-histórica.

3. La vía de fuga evolucionista

Criticando el lugar común mencionado al principio, el verdadero carácter distintivo de la tradición de investigación que se dice analítica (por oposición a la que se dice especulativa), no es el análisis del lenguaje. La verdadera distinción está en otra parte: en la diferente relación entre ciencia y filosofía. En pocas palabras, la tradición especulativa rechaza el primado de la ciencia sobre la filosofía; la tradición analítica, por su parte, lo acepta. El análisis del lenguaje, por así decir, es un lujo: nace como crítica del lenguaje de la ciencia, luego extendida al lenguaje ordinario y técnico-jurídico. Ahora bien, ¿cuál es la relación de los analistas continentales del derecho con la ciencia?

Para mostrar cuán diferentes eran de los filósofos especulativos tradicionales, los teóricos analíticos continentales han mostrado (desde los padres fundadores) un interés desproporcionado por la doctrina o dogmática jurídica y por la interpretación doctrinal, que los juristas de *civil law* decoran precisamente con el nombre de “ciencia jurídica”. Los más conscientes entre ellos – Kelsen, Alf Ross... – han incluso propuesto, ante la indiferencia de los juristas positivos, sustituir a la dogmática con algo más “científico”, que finalmente se ocupase del derecho y no sólo de la interpretación de su lenguaje. Un programa demasiado ambicioso, sin embargo, para los analistas continentales.

También aquellos analistas que se declaraban realistas se sustrajeron a la apertura de la cultura jurídica a las ciencias sociales: sociología, politología, economía, antropología... La híper-especialización de la investigación científica hizo el resto: o uno se volvía todólogo, fingiendo conocer disciplinas que de hecho se ignoraban; o se concentraba en el análisis del lenguaje jurídico, en la lógica, en los casos mejores acerca de la teoría de la argumentación. Sobre todo, se seguía hablando – no del derecho como fenómeno social, sea como sea concebido, sino – del lenguaje jurídico, indefinidamente¹⁷.

Con una paradoja: mientras que la doctrina más actualizada se confronta con las ciencias sociales – los constitucionalistas, con la ciencia política; los privatistas, con el análisis económico; los penalistas, con la criminología; y todos los otros, con la informática –, la teoría analítica no lo hace. En particular, mientras las ciencias (sin demasiada diferencia entre naturales y sociales) adoptaban explícita o implícitamente el modelo evolucionista, en sus versiones naturalistas (*blind variation/ selective retention*) o culturalistas (los efectos no intencionales de la acción humana, intencional por definición), los analistas, no: excepto afirmar, al principio, que hubiera sido adecuado hacerlo.

Solo por esto, aquí, llamo evolucionista a la teoría del derecho que opongo a la teoría analítica: cuando para distinguirlas bastaría ya decir que la teoría analítica se ocupa principalmente del lenguaje y la teoría evolucionista, principalmente, del mundo (lenguaje incluido). Va de suyo que una teoría evolucionista no está obligada a ocuparse de los mismos temas de los que se ocupan los analistas, o el propio Rodríguez. Sin embargo, dado que quien no sigue los ejemplos de los analistas está siempre bajo sospecha de querer eludir los problemas por ellos planteados, aquí intentaré mostrar que la teoría evolucionista puede dar respuestas diferentes – y tal vez, incluso mejores – a esos los mismos problemas.

La *primera* tesis evolucionista, relativa a las normas jurídicas, se refiere a las normas no formuladas o, mejor dicho, no formuladas canónicamente. A las costumbres, cierto, que como nos ha mostrado Bruno Celano (hoy quizás el mayor analista italiano del derecho) son explicables con las convenciones y la teoría de los juegos¹⁸. Pero aquí estoy pensando sobre todo en los precedentes o, mejor dicho, en las jurisprudencias (series de precedentes): auténticas costumbres judiciales, acerca de las cuales – si no erro – no hay rastro en las páginas de Rodríguez. Y esto a pesar de que su importancia, incluso en el *civil law*, no pueda ser sobrevalorada.

Ello así porque es sobre todo a través de los precedentes judiciales, y solo después a través de la legislación, que evoluciona el derecho, volviéndose – no un mero conjunto, sino – un auténtico sistema normativo. Ciertamente, es sólo cuando se convierte en legislación que el derecho se institucionaliza de modo definitivo, diferenciándose

¹⁷ Cfr. Barberis 1997.

¹⁸ Celano 2010.

de otros sistemas normativos como costumbre, religión o moral. Para adquirir consciencia del proceso, sin embargo, se necesita conocer la historia, o al menos leer las páginas de Niklas Luhmann acerca de los procesos de diferenciación del derecho de los otros sistemas sociales¹⁹. “Sociología del derecho”, dirá alguno, con un matiz de desprecio.

Para nada. Ni sociología ni historia, sino *teoría* del derecho o, mejor dicho, del fenómeno jurídico, lenguaje jurídico incluido. En las páginas de Luhmann – basta pensar en su ensayo dedicado a la constitución como adquisición evolutiva²⁰ – hay mucha más teoría del derecho que en libros enteros dedicados al análisis de las relaciones entre (el concepto de) derecho y (el concepto de) moral. Allí, el término “moral”, analizado por Luhmann no menos seriamente que por los analistas, indica uno o todos los sistemas normativos no jurídicos: costumbre, religión, moral, política, economía... El autor los llama “el ambiente del sistema jurídico” y también “el no-derecho”.

La *segunda* tesis evolucionista es relativa a la *metaética*, y supera a la típica alternativa analítica entre cognitivismo y no-cognitivismo ético. Como decía antes, Rodríguez roza este tema enorme mencionando la no inolvidable discusión reciente acerca de la normatividad del derecho²¹, con los analistas que se dividen entre partidarios de la unidad o de la fragmentación del discurso ético y práctico²². Pálido eco, esta discusión, del debate más profundo que tuvo lugar entre el siglo XIX y el siglo XX en Europa, desde Max Weber hasta Bernard Williams, pasando por Isaiah Berlin, a propósito de monismo y pluralismo de valores²³.

Aquí, sin embargo, a costa de suscitar la sospecha académica analítica de siempre (es decir, hablar de historia, de sociología, de economía; en breve, de otra cosa, del mundo y no del lenguaje jurídico), es necesario salir de la siembra kelseniano-bulyginiana y referirse a la metodología evolucionista compartida por Karl Popper y la Escuela austríaca de economía, desde Carl Menger hasta Friedrich Hayek. En particular, los Austríacos – originalmente docentes de economía en las Facultades de Derecho del Imperio Austro-Húngaro – tienen dos tesis distintivas: el individualismo metodológico y el subjetivismo metaético²⁴.

Por “individualismo metodológico” se entiende la tesis de que, para explicar fenómenos complejos como mercado, derecho y Estado, es necesario reconstruirlos a partir de las acciones individuales de las cuales han ido evolucionando y, sobre todo, a través de las cuales siguen funcionando. “Subjetivismo metaético”, en cambio, in-

¹⁹ Cfr. Luhmann 1990.

²⁰ Luhmann 1996.

²¹ TAD, 671 ss., especialmente TAD: 779 ss.

²² Cfr. Stelmach. Brožek 2011; Berteau. Pavlakos 2011; Bix 2021.

²³ Barberis 2008: 163-197.

²⁴ Para introducciones bastante sintéticas a los textos originales de la Escuela, y a sus desarrollos sucesivos hasta hoy, ver al menos Milford 1996 y 2001; y Butler 2014.

dica la tesis de que valores supuestamente objetivos, como los precios de los bienes en la macroeconomía, son reducibles a evaluaciones subjetivas de los individuos en la microeconomía. Combinando las dos tesis, y extendiéndolas de la economía a otros sistemas sociales, se obtiene una metaética, e incluso teorías del sistema y de la interpretación, tal vez mejores que las teorías analíticas *mainstream*.

La aplicación del método austríaco a la metaética es inmediata: los juicios individuales de valor son subjetivos, es más, idiosincráticos y arbitrarios; los valores colectivos que se forman a partir de estos, en cambio, son lo suficientemente objetivos como para permitir que se formen expectativas acerca de las acciones ajenas.

Pasando a la *tercera* tesis, relativa al *sistema*, se vuelve quizás más claro por qué la teoría del ordenamiento como sucesión de conjuntos de normas, que cambian de identidad al variar de cada norma individual, no es sólo contraintuitiva para el jurista positivo: ¿qué jurista ha identificado así, alguna vez, el derecho italiano o argentino, por no hablar del derecho inglés?

Dicho de otra manera, esta clásica teoría presenta el defecto de ser atomista, de reducir sistemas sociales complejos como el derecho a la simplicidad ilusoria de meros conjuntos, cada uno concebido como un todo reducible a la suma de sus propias partes. No es de esta manera que cualquier teoría de los sistemas concibe a su propio objeto²⁵. Los sistemas, incluso los sistemas jurídicos, sí son conjuntos, pero de múltiples relaciones entre las partes, cuyo “todo” es por tanto irreducible a la suma de estas partes. El individualismo metodológico implica por tanto una suerte de holismo, un sistema de múltiples relaciones entre las partes, que no debe confundirse con el organicismo (la concepción de las partes como miembros de un organismo), que era precisamente el objetivo crítico de los individualistas metodológicos austríacos.

En el caso del derecho, por otro lado, entre las relaciones identificativas del sistema se deben contar no sólo las relaciones entre normas, sino también las relaciones entre las normas y las instituciones que las producen o las aplican: el normativismo analítico necesita una sana inyección de institucionalismo. Es gracias a la institución de los tribunales, a través de las *rules of adjudication* de Hart, que el derecho comienza a diferenciarse de los otros sistemas sociales. Es gracias a la institución de los parlamentos, a través de las *rules of change* hartianas, que el derecho se vuelve legislación, respondiendo a exigencias regulativas crecientes²⁶.

De aquí se siguen consecuencias importantes también para la *cuarta* tesis, relativa a la *interpretación*. Los teóricos analíticos continentales en general, y los argentino-genoveses en particular, la conciben como atribución de significado a textos. De aquí su escepticismo moderado, que propongo llamar “realismo interpretativo inge-

²⁵ Ver paradigmáticamente Bertalanffy 1968.

²⁶ Para una reformulación de la teoría de las normas secundarias de Hart como proceso de institucionalización, ver Barberis 2017: 118-125.

no”. En efecto, si se consideran a los textos normativos como descontextualizados (aislados del mundo y del contexto sistémico e institucional), y a los intérpretes como *uti singulos* (cada uno luchando con un texto y solo con un texto), es difícil no concebir la interpretación como más o menos impredecible, discrecional, arbitraria.

No así, en cambio, si se consideran los textos normativos en sus contextos de aplicación judiciales, sistémicos e institucionales²⁷. Mirando a las aplicaciones no *uti singulae* – como precedentes – sino *uti universae* – como jurisprudencias mayoritarias gobernadas por el principio de inercia de Chaïm Perelman²⁸ –, como por arte de magia la interpretación no parece ya impredecible; y una dosis de certeza – es decir, previsibilidad y estabilidad – vuelve a ser la condición misma de la existencia del derecho, como de cualquier otra institución. Es ésta la teoría de la interpretación que propongo llamar “realismo interpretativo *maduro*”.

Una última observación acerca de la teoría del derecho del futuro. Todos nosotros, estudiosos de *humanities*, nos ocupamos de fenómenos que parecen viejos como el mundo, o al menos como el derecho: un poco como Internet les parece a los nativos digitales, esta institución a cuya aparición nosotros migrantes digitales hemos asistido durante nuestra vida. Para los nativos, el mundo se ha vuelto inconcebible sin Internet: justamente como, para nosotros, lo sería sin religión, derecho, política... El experimento mental que propongo consiste justamente en esto: mirar al derecho como si no tuviera siglos, sino como si estuviera naciendo ahora mismo.

Es decir, pensar sí en el derecho como un sistema de normas (y de instituciones), pero no creado arbitrariamente por alguien, sino producido día a día por individuos cuyas acciones, tomadas individualmente, son obviamente impredecibles; pero que, consideradas colectivamente, forman sistemas normativos sí siempre cambiantes, pero lo suficientemente estables como para permitirnos vivir seguros. Sin embargo, antes de eso y, sobre todo, se debería dejar de pensar que la tarea de nosotros – teóricos del derecho – pueda reducirse al análisis del lenguaje. Hay otro mundo, un mundo entero e infinitamente más interesante, allá afuera.

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C. & Bulygin, E. (1976). *Sobre el concepto de orden jurídico*, «Crítica», VIII, 23, 2-23.
- Alchourrón, C. & Bulygin, E. (2005). *Normative Systems* (1971), trad. it. *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, Giapichelli.

²⁷ Ver Poggi 2020.

²⁸ Olbrechts-Tyteca, Perelman 1966: t. I, 112-114.

- Barberis, M. (1990a). *Regole e linguaggio: primi elementi per la critica del prescrittivismismo*, en Comanducci, P. & Guastini, R. (ed.), *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 9-27.
- Barberis, M. (1990b). *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Barberis, M. (1997). *La cosa-diritto. Tarello e la definizione del diritto*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVII, 2, 271-292.
- Barberis, M. (2008). *Etica per giuristi* (2006), trad. cast. Ética para juristas, Madrid, Trotta.
- Barberis, M. (2015). *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44, 67-101.
- Barberis, M. (2016). *Un'altra legalità esiste. Breve storia del precedente giudiziale*, en Storti, C. (ed.), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, Giappichelli, 207-232.
- Barberis, M. (2017). *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Bertalanffy, L. von (1968). *Teoria generale dei sistemi. Fondamenti, sviluppi, applicazioni*, Milano, ILI.
- Berteau, S., Pavlakos, G. (eds.) (2011). *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford-Portland (Or.), Hart.
- Bix, B. (2021). *The Normativity of Law*, en Spaak, T., Mindus, P. (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge (U.K.), Cambridge University Press, 585-605.
- Bobbio, N. (1950). *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 4, 342-367.
- Butler, E. (2014). *Austrian Economics: A Primer* (2010), trad. it. *La scuola austriaca di economia. Un'introduzione*, Soveria Mannelli (Cz.), Rubbettino.
- Celano, B. (2010). *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma, Aracne.
- Luhmann, N. (1990). *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1981), trad. it. *La differenziazione del diritto*, Bologna, Il Mulino.
- Luhmann, N. (1996). *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft* (1990), trad. it. en Zagrebelsky, G., Portinaro, P.P., Luther, J. (eds.), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 83-129.
- Milford, K. (1996). *Introduzione*, en C. Menger, *Sul metodo delle scienze sociali* (1883), Macerata, Liberilibri, xiii-xl.
- Milford, K. (2001). *Introduzione*, en C. Menger, *Principi fondamentali di economia* (1871), Soveria Mannelli (Cz.), Rubbettino, 7-40.

- Olbrechts-Tyteca, L. & Perelman, C. (1966). *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation* (1958), trad. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi (2 volumenes).
- Pino, G. (2022). *L'interpretazione nel diritto*, Torino, Giappichelli.
- Poggi, F. (2020). *Il modello conversazionale. Sulla differenza tra comprensione ordinaria e interpretazione giuridica*, Pisa, ETS.
- Popper, K. R. (1975). *The Poverty of Historicism* (1944-45), trad. it. *Miseria dello storicismo*, Milano, Feltrinelli.
- Ratti, G. B. (2008). *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Sacco, R. (2015). *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, Il Mulino.
- Stelmach, J. & Brożek, B. (eds.) (2011). *The Normativity of Law*, Kraków, Copernicus Center Press.